جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

دور المبادئ القضائية في الإثبات المدني

-دراسة مقارنة-

أطروحة تقدّم بها الطالب

علي هادي جهاد أبوطبيخ

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص

إشراف

الدكتور علي شاكر عبد القادر البدري

أستاذ القانون المدني

1444هـ 2022م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ

الْحَقِّ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ﴾

صَدَقَ اللهُ العَلّيُ العَظِيمْ

الآية (48) من سورة المائدة

الإهـــداء

إلـــى من تجشما سفر الحياة بجمالها وأوقدا مصابيح النور الكاشفة كي أفتح مغاليق سبل المعرفة . . إلـــى من أوصى بهما الرب العظيم وألهما حب العلم لفؤادي . . وأعياهم الكفاح حتى نلت أمنياتي منبع وجودي **أبي الحبيب** . . وسندي وذراعي وقوة عزمي وصمودي **أمي الغالية** . . ومركز ميدان سباقي وملجأ الهناء وثورة العاطفة عندما تجف المنابع لأرتشف معين حنانها وألتحف بدفء رهافة روحها شريكة العمر **زوجتي** وأم ولدي . . ومستودع عواطفي ولدي الحبيب **ليث** نتاج الصبر ورزق الله وأمل العمر . . وإلـــى كل من بذل وساعد ونصح . . إلـــى **أساتذتي** الأفاضل اعترافاً مني بفضلهم . .

أهـــــــديكم ثمـــــــرة جهـــــــدي المتواضـــــــع

شكر وعرفان

الحمد لله الذي لا يبلغ مدحه القائلون ، ولا يحصي نعمائه العادّون ، والصلاة والسلام على أشرف خلقه نبي الرحمة المنعوت بأحسن الخلق وأعظمه والشفيع في أمته يوم الدين ، وعلى آله الطيبين الكرام المنتجبين ورحمة الله وبركاته ..

وبعد .. يقتضي واجب العرفان والثناء والإخلاص بعد أنْ انتهينا من إعداد هذه الأطروحة ، بفضل من الله (جل جلاله) وتوفيق منه ، أنْ أتقدم بخالص الشكر الجزيل وعظائم الامتنان إلى أستاذي المفضال **الأستاذ الدكتور علي شاكر عبدالقادر البدري** ، الذي تفضل مشكوراً بقبول الإشراف على هذا الجهد العلمي المتمثل بأطروحتي ، والذي كرّس لي جهده واهتمامه ورعايته طوال مدة تحضيرها ، فقد كان لحسن إشرافه وبذل النصح والإرشاد والمؤازرة وتوجيهاته العلمية القيّمة الأثر الفعال في إنجازها وتقويمها وتذليل الصعاب التي اعترضت طريقي في أثناء البحث .

وأتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى أساتذتي الأفاضل في معهد العلمين للدراسات العليا ، وإلى الأستاذ **أحمد الساعدي** مسؤول مكتبة المعهد الذي ساعدني بالمصادر المتوفرة ، كما أخص بالشكر الأستاذ الدكتور **ضمير المعموري** لحسن توجيهاته القيّمة ، وأتوجه بالشكر إلى زميلي الأستاذ المحامي **عدنان كاظم عسكر** الذي غمرني بفيض علومه وتوجيهاته ، والشكر موصول إلى الأستاذ رئيس مهندسين أقدم **أيوب حسن** لما بذله من جهود مضنية في إخراج وإعداد الأطروحة .

شكري عرفاني **لوالدي** الذي واكب مسيرة البحث من البداية إلى تمام الإنجاز ، وإلى **والدتي** التي سهرت الليالي وضحّت بكل ما تملك ؛ لأجل الإسراع في الإنجاز ، حيث كان لإرشادها وتوجيهها الأثر البالغ في ذلك .

وأخيراً أتقدم بالشكر إلى كل يد امتدت لي لتساعدني في مسيرة بحثي الطويلة ، فجزاهم الله عني خير الجزاء .

المستخلص

المبادئ القضائية ودورها في الإثبات المدني من المواضيع ذات الأهمية البارزة في حقل الدراسات القانونية ، وبمسائله القانونية والإجرائية وتطبيقاته المستمرة بالقضاء ، فعندما نتحرى عن القانون واندماجه بالواقع نجد أنّ المبادئ القضائية هي نتاج هذا الاقتران ، لما لها من دور مهم في الدراسات النظرية المعمقة والواقع العملي ، فعندما يتعرض واقع ما إلى التهديد ، نجد أنّ دور المبادئ القضائية قد ظهر في حمايته ، وأعادته لما كان عليه ، وبذلك تظهر عقبات أمام عمل المحاكم وملابسات شديدة التعقيد في عدم إعطاء الحلول القانونية دوراً كما يجب من حيث التطبيق ، وبذلك يتوجب عليها أنْ تجد حلاً سابقاً قد طبّقه القضاء ، أو انبثاق ما يجود به الفكر القانوني من معالجة ، كي يتم النطق بالحكم السريع ، الذي يرتكز على العدالة ويمنحها وجهاً مشرقاً للقانون عندما يفعل فعله في الواقع العملي .

فالمبادئ القضائية هي الحلول التي يوجدها القضاء ، في نطاق النقص التشريعي ، سواء كانت هذه الحلول فردية حسمت بها المنازعات القضائية المنفردة ، أو تم اعتمادها في قضايا مشابهة ، وقد تكون هذه القرارات مستقرة أو غير مستقرة ، وإزاء أهمية هذا العمل وضرورته من مسائل الإثبات المختلفة ، فإن التشريع العراقي والتشريعات المقارنة محل الدراسة قد أدركت وضع هذه المبادئ ضمن مديات واضحة المعالم ، إنّ المبادئ القضائية لم تعرّف بشكل صريح في القانون العراقي ، والذي أشار له المشرّع ضمناً ، في نصّ المادة الأولى من القانون المدني ، فالفقرة الثالثة تنصّ (وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) ، ومن هذه الأحكام التي أقرّها القضاء ، هي مبادئ قضائية قد استقر عليها القضاء عندما تكون نهائية وصادرة من محكمة مختصة نوعياً ، للنظر في الدعوى وفي خصومة صحيحة ، وأنْ يتم ذلك بشكل مكتوب ، وطبقاً للشكل الذي نصّ عليه القانون ، فالأحكام المتكررة لنفس الدعوى والتي نالت قراراً باتاً لا يمكن مخالفته يُعدّ مبدئاً قضائياً .

أمّا النقص التشريعي فقد عولج بالفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي فنصّت : (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكمت المحكمة بمقتضى قواعد العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين ، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة) ، فهذا التخويل القانوني منحه المشرّع للقاضي باستعمال سلطته التقديرية في حسم الدعوى والوصول إلى الحكم العادل في القضية المنظورة ، وهذه الإحكام التي تصدرها المحاكم المختصة لاستنتاج القواعد العامة التي تحكم كل قضية مشابهة في حالة وقوعها تعتبر مبادئ قضائية خاضعة لأعلى هيأة قضائية

ألا وهي محكمة التمييز الاتحادية ، التي تكون قراراتها واجبة الاحترام من جميع المحاكم فكل الأحكام التي لا يترتب عليها إنهاء الخصومة لا تعتبر مبادئ قضائية ، فالمبادئ القضائية تبدأ في النشوء عند إقرارها من محكمة التمييز ، فقضاء التمييز هو الأساس وراء خلق القواعد القضائية ، ولهذه المبادئ القوة الملزمة التي تكتسبها من وجود هذه المحكمة على رأس السلطة القضائية ، ووفق هذه المبادئ القضائية تسير المحاكم وتلتزم في الحالات المماثلة ، وإلّا تعرض حكمها للنقض ، كما يتحدد سلوك الأشخاص في حياتهم وفق هذه المبادئ لأنها تحظى بالتزام واحترام ، فإذا استقرت محكمة التمييز على مبدأ معين ، فإن المسألة تعتبر قد حسمت من الناحية القانونية ، وتدير منازعة الخصوم فيها مستقبلاً ، وتحظى هذه المبادئ بحجّية القواعد القضائية لنشرها للجمهور في مجموعات قضائية منتظمة ، أو غير منتظمة ، يتحقق من خلالها العلم بها ، ومن المفترض أنّ المبادئ القضائية تتفاوت في تأثيرها على قاضي الموضوع ، بحسب جهة صدورها من محكمة التمييز (النقض) واستحسانها منه ، بحسب منطقيتها وقربها من تحقق العدالة ، فإذا بلغ العمل ببعض المبادئ القضائية درجة الاستقرار عند المحاكم ، وتأكيد تبني المحكمة العليا لها في مناسبات عديدة ، فقد أصبحت كالنص الواجب لأن العدول عنها سيعرض القرار الصادر للنقض ، وهي بذلك تُعد مصدر أصلي يقيني واجب العمل به ، كونه حل موجود يضاف إلى المجموعة التشريعية ، أمّا المبادئ القضائية التي لم يبلغ حد الاستقرار بها ، فهي أقرب إلى التأرجح ، وهي بالتالي تُعد مصدر يقيني إرشادي ، وهناك مبادئ قضائية تم العدول عنها وترك العمل بها ، فهي مصدر يقيني واجب ترك العمل به ، وعلى أثر هذه المبادئ نشأت مبادئ قضائية جديدة ، تكون بديلاً حسناً لما ترك من مبادئ ، تروي ساحة القضاء بقواعد جديدة تتمتع بمرونة أكثر من سابقاتها .

ذكرنا أنواع المبادئ القضائية ومن هي التي يوجب اتباعها ، وأنواعها من حيث المضمون وجهة صدورها ، والعلاقة بين الاجتهاد القضائي والحكم القضائي ، وعرفنا بأنّ الاجتهاد القضائي يُعدّ ركناً أساسياً في عملية إصدار الحكم القضائي عند عدم وجود النصّ ، أمّا التفسير فيُعمل به عند عدم فهم النصّ التشريعي ، وتطرقنا إلى العلم المعرفي للقاضي ودور المؤسسة القضائية في إعداده ، والرقابة القضائية على أحكام القضاء ودور محكمة التمييز في توحيد أحكام القضاء ، وناقشنا دور المبادئ القضائية في إثبات واقع النزاع المدني ، ودور القاضي في فهم أسس قانون الإثبات ، ودوره في نشوء المبادئ القضائية فيها ، ودور الخصوم في بيان وقائع الدعوى ودور القضاء في تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم ، فمجموع الإجراءات القضائية المتتابعة التي يقوم بها الخصوم أو ممثلوهم والقاضي وأعوانه ، على وفق نظام مرسوم في قانون المرافعات ، وتبدأ بالمطالبة القضائية وتستمر إلى حين صدور الحكم

في موضوعها ، أو انقضائها بغير حكم في الموضوع هو تعريف للخصومة وقد أجمع عليه أغلب الفقهاء ، ومن وسائل معالجة النقص التشريعي هو التكييف لوقائع الدعوى من قبل القاضي باستعمال سلطة القاضي التقديرية ، التي تعتمد على النشاط الذهني ومن خلال وسائلها ، ومبادئ القانون العامة والقانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وقد تمت مناقشة موضوع المبادئ القضائية ونطاقها في أدلّة الإثبات وخاصة في السندات الرسمية والعادية وأنواعها وحجّيتها باعتبارها من المواضيع المهمة في قانون الإثبات وهي روح الدليل الكتابي والعمود الفقري الذي ترتكز عليه الأقضية في جميع دوائر العدل والدوائر المدنية الأخرى التي تعمل بالقوانين الوصفية ، أمّا الأوراق غير الموقعة والتي تشمل (الدفاتر التجارية والرسائل والبرقيات والأوراق والدفاتر المنزلية والتأشير على سند الدين بما يفيد براءة الذمة للمدين) ، فهذه أوراق عادية لم تُعد مقدمة ، ولكن قانون الإثبات في المادة (27/أولاً) جعل لها حجّية معينة ، وخاصة (الرسائل والبرقيات) ويمكن إصدار المحاكم أحكاماً تُعدّ من المبادئ القضائية إذا نالت درجة الثبات في المعاملات في حال معاملتها معاملة السندات العادية الموقعة ، أمّا أدلّة الإثبات غير الكتابية والتي تشمل (اليمين والاستجواب والإقرار والشهادة والقرينة والمعاينة والخبرة) ، فتكون المبادئ القضائية فيها غير واسعة ؛ لأنّ هنالك قيود تفرض على القضاة في اتخاذها ، كما في اليمين والاستجواب والإقرار والقرينة القانونية ، وقد أقرها قانون الإثبات في المواد (115/ ثانياً و 124 و 120) التي تختص باليمين ، أمّا المواد (71 و 73 و 74 و 75/ ثانياً) فهي تختص بالاستجواب ، والمواد (74/ثانياً/ب و70) تختص بالإقرار ، أمّا القرائن القانونية فلا سلطة للقاضي فيها ، وفي أدلّة الإثبات غير الملزمة (مثل الشهادة والقرائن والمعاينة والخبرة) ، فتكون فيها المبادئ القضائية واسعة ؛ لأنّ للقاضي فيها سلطة تقديرية كبيرة ، وله الحرية في أنْ يستعين بشهادة الشهود ، وتقدير أقوالهم كما في مواد قانون الإثبات (96 ، 86 ، 84 ، 83 ، 82 ، 81/سادساً) ، ويكون له الحرية في استنباط القرائن القضائية وحجّيتها واختصت بها المادتين (102/ثانياً و 104) والمواد (125 و 128 و 130 و 131) منحت القاضي سلطة واسعة لإصدار المبادئ القضائية في خلال الانتقال إلى محل المنازعة ، كما أنّ للقاضي الحرية في الاستعانة بذوي الخبرة وتقديرها وإصدار أحكامه فيها ، وهذا ما أكّدته المواد (133 – 135/ثانياً ، 138 – 139/ثالثاً ، 140/أولاً ، 141/ثانياً ، 145 ، 146) في قانون الإثبات ، وخلصنا إلى جملة من النتائج والمقترحات وقائمة مصادر عراقية وعربية وأجنبية وملخص باللغة الإنكليزية .

الفهرست

ت	الموضوع	الصفحة
1	**الآية القرآنية**	ب
2	**الإهداء**	ج
3	**شكر وتقدير**	د
4	**المستخلص**	هـ – ز
5	**المقدمة**	1 – 5
6	**الفصل الأول : المبادئ القضائية في النزاع المدني .**	6– 91
7	**المبحث الأول** : ماهية المبادئ القضائية	7 – 62
8	المطلب الأول : مفهوم المبادئ القضائية	8
9	الفرع الأول : معنى المبادئ القضائية	9
10	الفرع الثاني : أنواع المبادئ القضائية	20
11	المطلب الثاني : تمييز المبادئ القضائية عما يشتبه بها من نظم قانونية	34
12	الفرع الأول : تمييز المبادئ القضائية الاجتهادية في قانون الإثبات عن المبادئ القضائية المفسرة للقانون	35
13	الفرع الثاني : تمييز المبادئ القضائية العادية عن المبادئ القضائية غير العادية في نطاق الإثبات	49
14	**المبحث الثاني** : العلم المعرفي للقاضي المدني ودوره في ابتداع المبادئ القضائية	62– 91
15	المطلب الأول : دور المؤسسة القضائية في إعداد البعد المعرفي لعلم القاضي	62
16	الفرع الأول : دور المؤسسة القضائية في تحقيق العدالة	63
17	الفرع الثاني : دور المؤسسة القضائية في تحقيق الرقابة القضائية على أحكام القضاء	67
18	المطلب الثاني : الدور الشخصي للقاضي في تكوين البعد المعرفي له وأثره في تحقيق العدالة في حسم النزاع	78
19	الفرع الأول : الميزات الشخصية للقاضي المحركة لابتداع المبادئ القضائية	79
20	الفرع الثاني : المصادر القانونية للبعد المعرفي المؤثرة في ابتداع الحلول القضائية	82
21	**الفصل الثاني : دور المبادئ القضائية في إثبات واقع النزاع المدني .**	92– 172
22	**المبحث الأول** : المبادئ القضائية ودورها في إثبات واقع النزاع المدني	92– 118
23	المطلب الأول : ادعاءات الخصوم في بيان وقائع النزاع المدني	93
24	الفرع الأول : دور القاضي في تحقيق العدالة في فسح المجال للخصوم في بيان وقائع الدعوى	93
25	الفرع الثاني : دور القضاء في تحقيق مبدأ المواجهة بين خصوم النزاع	102
26	المطلب الثاني : التكييف القانوني القضائي وأثره في تحديد الفراغ القانوني في قانون الإثبات	107
27	الفرع الأول : التكييف القانوني وسيلة قضائية لمواجهة الفراغ التشريعي	108
28	الفرع الثاني : التكييف القانوني ودوره في الاستعانة بمبادئ العدالة في نطاق قانون الإثبات	113
29	**المبحث الثاني** : دور القاضي في فهم أسس قانون الإثبات ودورها في نشوء المبادئ القضائية فيها	118–172
30	المطلب الأول : فهم القاضي للمرتكزات العامة لقانون الإثبات	118
31	الفرع الأول : المرتكزات العامة لقانون الإثبات	118
32	الفرع الثاني : التفكير الذهني للقاضي ودوره في نشوء المبادئ القضائية	124
33	المطلب الثاني : دور القاضي في الانفتاح على مبادئ القانون العامة والتأمل الفكري في إيجاد الحلول	142

	العادلة	
34	الفرع الأول : مبادئ القانون العامة	143
35	الفرع الثاني : دور القاضي في الاستعانة بمبادئ القانون لعامة لإيجاد الحلول العادلة	158
36	**الفصل الثالث : نطاق المبادئ القضائية في أدلّة الإثبات .**	231-173
37	**المبحث الأول** : السندات الكتابية ودور المبادئ القضائية فيها	195-173
38	المطلب الأول : المبادئ القضائية في السندات الموقعة	174
39	الفرع الأول : نشوء المبادئ القضائية في السند الرسمي	174
40	الفرع الثاني : نشوء المبادئ القضائية في السندات العادية	182
41	المطلب الثاني : الحلول القضائية في الأوراق غير الموقعة	183
42	الفرع الأول : المبادئ القضائية في تقديم السندات غير الموقعة	184
43	الفرع الثاني : المبادئ القضائية في صحة السندات غير الموقعة	192
44	**المبحث الثاني** : نطاق المبادئ القضائية في أدلّة الإثبات غير الكتابية	231-195
45	المطلب الأول : المبادئ القضائية في اليمين والإقرار والاستجواب	196
46	الفرع الأول : دور القضاء في نشوء المبادئ القضائية في اليمين القانونية	196
47	الفرع الثاني : دور المبادئ القضائية في الإقرار والاستجواب	200
48	المطلب الثاني : نطاق المبادئ القضائية في الشهادة والقرينة والمعاينة والخبرة	208
49	الفرع الأول : دور المبادئ القضائية في الشهادة والقرينة	208
50	الفرع الثاني : دور المبادئ القضائية في المعاينة والخبرة	222
51	**الخاتمة** : النتائج والمقترحات	237-232
52	**المصادر**	261-238